

## A REDENÇÃO DO FILHO INCESTUOSO

MARCO ANTONIO DE BARROS

Promotor de Justiça — SP

Prof. Dir. Processual Civil

**SUMARIO:** I — Intróito; II — Conceito; III — Cominações legais; IV — Reconhecimento do filho incestuoso; V — Alimentos e sucessão hereditária; VI — A boa-nova; VII — Conclusão.

### I — INTRÓITO

É de conhecimento geral que as relações humanas na sociedade são reguladas pelo Direito e que esta ciência, de regra, corre sempre atrás dos fatos disciplinando normas de comportamento de interesse da Nação.

De algum tempo que a mutação de valores morais e materiais se dá numa velocidade impossível de ser acompanhada de perto pelo legislador pátrio. Tenha-se, como exemplo, a morosa tramitação do projeto do novo Código Civil, em estudo parlamentar há mais de duas décadas.

No limiar do Século XX, a ótica direcionada à avaliação de tais valores integra um contexto ímpar e significativamente diferenciado de tempos de outrora, mercê, principalmente, de uma gama de informações que o homem recebe através dos meios de comunicação.

Inserido nessa imensidão jurídica que clama renovação, tal qual um simples grão num viçoso trigal, está o incesto, comportamento humano de existência milenar e de inumeráveis conseqüências de natureza jurídica e familiar, que merece cautelosa meditação daqueles que têm sobre seus ombros a responsabilidade de legalmente perfilar a matéria.

### II — CONCEITO

Do latim *incestus*, (1) que significa mancha, impureza, o incesto se traduz no relacionamento sexual de pessoas que não podem casar-se, em face do vínculo de parentesco ou afinidade entre eles existente.

(1) **Vocabulário Jurídico** — OSCAR DE PLACIDO E SILVA, vol. II, págs. 695 e 809, Ed. Forense, 2.ª edição.

Consoante observou Rodrigues Doria,<sup>(2)</sup> incesto tem a acepção de não casto, sendo empregado o vocábulo para significar a ignomínia em que é tido o ato sexual em tais condições que a moral e os bons costumes repelem.

### III — COMINAÇÕES LEGAIS

Entre nós, a relação incestuosa e que impossibilita o casamento, abrange pessoas que ostentem as condições de parentesco ou afinidade declinadas nos incisos I a V do artigo 183, do Código Civil.

Assim, v. g., não se permite a união matrimonial entre ascendentes e descendentes, entre irmãos, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, entre adotante e o cônjuge do adotado, bem como entre o adotado e o cônjuge do adotante, entre sogro e nora e entre genro e sogra.

A proibição na linha colateral alcança até o terceiro grau, mas o Decreto-lei n. 3.200, de 1941, abrandou a rigidez do dispositivo da lei civil, permitindo o casamento em determinadas hipóteses e desde que antecedido de exame pré-nupcial que não o impugne, como no caso de tio e sobrinha.

Na órbita civil, ao casamento incestuoso se aplica a sanção do artigo 207 da lei substantiva, isto é, nulidade absoluta do ato matrimonial. Nenhum efeito produz quanto aos contraentes e aos filhos incestuosos, por isso que a sentença que a decretar operará efeitos *ex tunc*.

De seu turno, na esfera penal, o incesto inexistente como figura delitiva autônoma. Vale dizer que a relação sexual de tais parentes, por si só, não constitui crime, já que punível será o casamento celebrado entre eles, pois, por questão de política criminal, preferiu o legislador reprimir apenas os contraentes das núpcias incestuosas, desde que conheçam o impedimento.

Tanto não pune o relacionamento sexual em espécie que não o relacionou como uma das hipóteses versadas no Título VI, que trata dos Crimes Contra os Costumes, mas no título seguinte, que elenca os delitos Contra a Família, disciplinando como norma proibitiva de conduta o induzimento em erro essencial de um dos cônjuges, em que se lhe oculte o impedimento civil, ou ainda, quando os nubentes, embora conhecendo o impedimento, contraem o matrimônio (artigos 236 e 237 do Código Penal).

Nem por isso a incestuosidade dependerá de declaração em sentença criminal. Como ensina Orlando Gomes,<sup>(3)</sup> ela decorre

(2) Questões Médico Legais Relativas a Casamento — RODRIGUES DORIA (Direito de Família — Virgílio de Sá Pereira 1959, 2.ª edição).

(3) ORLANDO GOMES — Direito de Família — 1.ª edição, Ed. Forense, pág. 259.

simplesmente do grau de parentesco entre os pais e o caráter incestuoso da filiação tem de apresentar-se no momento da concepção. Se o impedimento matrimonial surge depois, como, por exemplo, o que resulta do vínculo de afinidade, o filho será simplesmente natural. A boa-fé de um ou de ambos os genitores há de ser apurada nesse momento, isto é, quando se realizou o congresso sexual de que tenha resultado a concepção. Nessa ocasião devem os dois, ou um deles, ignorar o vínculo de parentesco ou de afinidade.

### IV — RECONHECIMENTO DO FILHO INCESTUOSO

As observações acima permitem afirmar que é considerado filho incestuoso aquele concebido por união de pessoas que estavam legalmente impedidas de se casar. Sua filiação é espúria, embora essa expressão também se preste à qualificação do filho adulterino (artigo 183, VI, do Código Civil).

Pois é o concebido na repugnante união entre parentes ou afins que, submetido a imperativo legal ditado no artigo 358 do Código Civil, vem suportando incompreensível rejeição do Estado, *in verbis*: Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos.

Impõe-se breve ressalva no que pertine ao filho adulterino, ou seja, aquele cujos pais não podem se casar pelo fato de um ou de ambos serem casados com outra pessoa, porquanto a Lei n. 883, de 1949, com as alterações posteriormente introduzidas, admite o reconhecimento do filho havido fora do matrimônio, uma vez dissolvida a sociedade conjugal. E mais, ainda que na vigência do casamento, se permite o reconhecimento por testamento cerrado, o qual é irrevogável nessa parte.

Portanto, relativamente ao filho adulterino, tem-se por parcialmente derogado o artigo 358 aludido, eis que, em tais circunstâncias, poderá o mesmo ser reconhecido.

Porém, tal permissibilidade não toca o filho incestuoso, cujo reconhecimento lhe é defeso. Sua sina não se compara com a dos demais filhos ilegítimos, vez que, quando não olvidado, tem subestimada sua condição pelo ordenamento jurídico.

Com severa acuidade, Marcato já registrou a legítima repulsa dos estudiosos da matéria, observando que é patente a injustiça dessa discriminação legal, sendo lastimável, sob todos os aspectos, que o projeto do Código Civil, ora em tramitação, tenha trilhado a mesma senda, ao invés de pura e simplesmente abolir qualquer distinção entre os filhos, tal qual ocorreu em outras legislações.<sup>(4)</sup>

(4) ANTONIO CARLOS MARCATO — Doutrina Cível — Revista dos Tribunais, vol. 606, pág. 18.

As alterações na matéria, introduzidas com o advento da Lei do Divórcio (6.515, de 1977), somente beneficiaram o filho adulterino. Eis porque o texto remanescente do dispositivo contido no diploma civil e acima citado, aplica-se inexoravelmente ao incestuoso, e no dizer do — Procurador de Justiça mencionado, tal filho não pode ser reconhecido, e, conseqüentemente, representa, em termos estritamente jurídicos, o resultado de verdadeira “geração espontânea”, já que não tem pai, nem mãe. (5)

Essa execrável pecha que o Código impõe ao incestuoso revela um retrocesso legislativo não assumido em gerações passadas. A retrospectiva histórica denuncia que antes da absoluta proibição do reconhecimento, em vigor entre nós desde o ano de 1917, já as Ordenações Filipinas o admitiam e a Lei n. 463, de 2 de setembro de 1847, atribuía aos filhos espúrios direitos iguais aos naturais.

Inobstante esse intransponível óbice legal, o filho incestuoso poderá ter parcialmente reconhecida sua filiação, na medida em que um de seus genitores o reconheça, sem alusão ao outro. Ou, como diz Bittencourt, também poderá ser legitimado por adoção (do homem ou da mulher) (6).

#### V — ALIMENTOS E SUCESSÃO HEREDITÁRIA

Com o fito de remediar, paliativamente, a orfandade do incestuoso, a lei em vigor oferece a este a oportunidade de ajuizar ação de alimentos contra o pai, em segredo de justiça, consoante regra ditada no artigo 4.º da Lei 883, de 1949, que modificou o texto do artigo 405 do Código Civil.

A hipótese mantém coerência com o imperativo da obrigação alimentícia, devendo o pai a ela se curvar, independentemente de ser a prole legítima, ilegítima ou espúria.

Nesse caso, competirá ao autor demonstrar, como questão prejudicial ao pedido de alimentos, a paternidade incestuosa, a qual será declarada *incidenter tantum*. Esta ação não permite a fixação de alimentos provisionais já que o rito que lhe é próprio é o ordinário, sendo incabível, por inadequada, a aplicação do procedimento especial estabelecido na Lei n. 5.478, de 1968 (Lei de Alimentos). De se notar ainda que a verba alimentícia será exigível a partir da prolação da sentença que julgar procedente a ação, ainda que pendente recurso de apelação, posto que só se admitirá seu recebimento no efeito devolutivo (cf. artigo 520, II, do Código de Processo Civil e artigo 4.º da Lei n. 883, de 1949).

(5) *idem*

(6) EDGARD DE MOURA BITTENCOURT — *Família* — Ed. Alba Ltda., 1.ª edição, pág. 249.

Demais disso, ainda como conseqüência amarga da impossibilidade do reconhecimento da filiação espúria incestuosa, o filho gerado nessa condição, não fará jus aos direitos sucessórios por óbito de seus ascendentes.

A lei protegeu apenas o filho ilegítimo natural, que é aquele concebido na união de pessoas que embora não estando legalmente impedidas não se casaram, e o filho adulterino reconhecido. Convém lembrar, todavia, que a jurisprudência tem aceito o direito hereditário nos casos em que o filho incestuoso promoveu ação de alimentos, onde a filiação espúria é declarada *incidenter tantum*. (7)

#### VI — A BOA-NOVA

Data maxima venia, essa visão retrógrada de nosso Código, impondo condição vexatória ao filho incestuoso, não tem cabimento em nossa época.

Claro que a relação incestuosa é de todo censurável e causa repugnância ao homem comum. Seria utópico, no entanto, supor que simples determinação legal a erradicaria do cenário familiar. Certamente que não, pois seu desaparecimento depende da evolução moral e cultural da humanidade, cujo objetivo está bem distante de nossa realidade. Mas, enquanto não se alcançar esse ideal, mister se torna separar o joio do trigo, a fim de não se conduzir o filho incestuoso a uma sinuosa e ofuscada trilha.

Se o Estado não reserva punição ao ato incestuoso, como admitir, em contradição, seu posicionamento ao permitir que o filho gerado em conseqüência daquele ato seja posto à margem da sociedade, com todas as implicações morais e patrimoniais que experimenta uma criança de paternidade não reconhecida.

Felizmente, todavia, quando rabiscávamos este ensaio, surgiu uma boa-nova merecedora de encômios, ditada pela Constituinte, cuja redação, prestes a ser definitivamente promulgada na futura Magna Carta, atenderá ao princípio de equidade que também deve imperar no tratamento dos filhos, independentemente da condição dos que os conceberem.

O Capítulo VII que trata da Família, Do Adolescente e Do Idoso, e que integra o Título VIII, referente à Ordem Social, da futura Constituição, afastará de vez o pesado fardo que ainda se impõe ao filho incestuoso. Diz o § 6.º do seu artigo 264, que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. (8)

(7) R.J.T.J.E.S.P., vol. 94/123, 1985, ed. Lex.

(8) O Estado de S. Paulo, 27-5-88, pág. 4.

Como se vê, o legislador modifica substancialmente a matéria em espécie, passando a dar-lhe contornos mais consentâneos com o interesse da sociedade, e uma vez em vigor a norma constitucional anotada, estará implicitamente decretada a revogação total do artigo 358 do Código Civil, por absoluta incompatibilidade dos textos, sendo o dispositivo da lei ordinária qualificado como inconstitucional, pois como lembra Ribeiro Bastos (9), a inconstitucionalidade de uma lei é a circunstância de uma determinada norma infringir a Constituição, quer quanto ao processo a ser seguido pela elaboração legislativa, quer pelo fato de, embora tendo a norma respeitado a forma de criação da lei, desrespeitar a Constituição quanto ao conteúdo adotado.

#### VII — CONCLUSÃO

O novo ordenamento jurídico que se anuncia na Constituinte não admite exceção e representa a redenção do filho incestuoso, porquanto se lhe assegurará todos os direitos atribuídos aos filhos legítimos ou legitimados, como por exemplo o direito de reivindicar o reconhecimento da paternidade, com a conseqüente assunção da obrigação alimentícia pelo genitor, de quem herdará o nome e os direitos sucessórios, apagando-se, assim, a proibição inserida no artigo 358 da lei civil.

(9) CELSO RIBEIRO BASTOS — Curso de Direito Constitucional — 4.<sup>a</sup> edição, 81, Saraiva.